



L'obligation comme garantie

Frédéric Rouvière

► To cite this version:

Frédéric Rouvière. L'obligation comme garantie. RTDCiv.: Revue trimestrielle de droit civil, 2011, p.1-23. halshs-01143132

HAL Id: halshs-01143132

<https://shs.hal.science/halshs-01143132>

Submitted on 16 Apr 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'obligation comme garantie

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)

Laboratoire de Théorie du droit (EA 892)

Paru dans *RTD civ.* 2011, p.1-23.

Parce qu'elle vise à identifier sa nature, la définition de l'obligation comme garantie pourrait contribuer à préciser la portée du régime général de l'obligation. L'idée d'un tel régime s'est certes imposée en doctrine mais aucune qualification générale de l'obligation n'y correspond, celle-ci étant seulement saisie à travers ses formes contractuelle ou délictuelle. La notion même d'obligation est encore exprimée par la métaphore du lien. Cette lacune théorique pourrait bien expliquer la relative incertitude qui pèse sur la justification des effets et des conditions de mise en œuvre des mécanismes propres au régime général (actions paulienne, oblique, directe et dispositifs apparentés ; circulation et extinction de l'obligation).

I. Assiette de la garantie : les biens du débiteur

A. Interdiction de la cession de dette

B. Conservation de l'actif

II. Objet de la garantie : la satisfaction du créancier

A. Protection contre le risque d'inexécution

B. Réalisation de l'exécution : le paiement

1. Pour une qualification d'obligation – Depuis le droit romain, l'obligation est définie comme un lien de droit¹. Ce fameux *vinculum juris*² demeure une énigme³ sinon un mystère⁴. Sans examen approfondi, il apparaît que cette définition n'a rien d'une qualification, entendue ici comme une catégorie possédant des éléments constitutifs qui justifient l'application d'un régime juridique déterminé⁵. Bien au

¹ J. Gaudemet, « Naissance d'une notion juridique, les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome antique », *APD* 2000, p.29.

² R.-M. Rempelberg, « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », *APD* 2000, p.67. L'auteur voit dans la définition de l'obligation des *Institutes* de Justinien (« L'obligation est un lien de droit par l'effet duquel nous nous trouvons contraints à la nécessité d'exécuter une prestation selon le droit de notre cité ») le symbole de l'héritage romain.

³ E. Jeuland, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p.455, et les références, note 2.

⁴ J. Gaudemet, précité, p.23.

⁵ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, p.113.

contraire, le lien de droit⁶ est image ou métaphore : il figure une chaîne symbolique qui lie de façon presque magique le débiteur ou l'assujetti⁷. A cet égard, le caractère particulièrement vague de cette notion d'obligation en témoigne⁸. L'obligation est également comprise comme contrainte, dette, devoir de respecter la loi ou le contrat. L'idée que la notion technique d'obligation se définirait comme la réunion d'un lien, d'un élément actif (le créancier) et d'un élément passif (le débiteur) n'est guère convaincante dans la mesure où les obligations dites naturelles présentent la même structure⁹. A ce titre, l'obligation civile ne se distinguerait de l'obligation naturelle qu'en raison de l'existence d'une sanction. Ce critère de distinction n'est guère qu'une tautologie qui répète sous une autre forme que l'obligation naturelle est dépourvue de sanction¹⁰, qu'elle n'est pas un lien *de droit*. Pour ajouter à l'incertitude, l'obligation est rarement distinguée de la notion de contrat et lorsque c'est le cas¹¹, elle n'est pas caractérisée d'une façon plus technique pour autant. Or le problème est bien là : comment justifier qu'il existe un régime général de l'obligation, affirmé de façon unanime par la doctrine, alors même que n'y correspond aucune qualification rigoureuse qui en commande l'application ? L'obligation, notion centrale, n'est pas définie¹². La présente étude propose justement de combler cette lacune en tentant d'élever l'obligation au rang d'une qualification. C'est tout l'enjeu d'une justification d'un régime général de l'obligation.

2. Enjeu : la justification d'un régime général de l'obligation – Est-il concevable d'affirmer l'existence d'un corps de règles cohérent auquel ne correspond aucune qualification ? A l'évidence, la réponse est négative pour tout juriste qui se soucie un tant soit peu de rigueur méthodologique¹³. Pourtant, tel semble être actuellement le cas du régime de l'obligation. Les actions paulienne, oblique et directe ont fait l'objet d'études approfondies mais elles n'ont pas été unifiées sous le même concept. Les causes d'extinction de l'obligation ne sont pas non plus unifiées

⁶ Pour un aperçu global de la permanence de cette référence à la notion de lien de droit en doctrine : J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n°4, pp.2-6.

⁷ R. Zimmermann, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, 1996, p.5.

⁸ M. Villey, « Métamorphoses de l'obligation », *APD* 1970, pp.287-300, spéc. p.299.

⁹ J.-J. Dupeyroux, « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, t.2, 1960, pp.321-348, spéc. p.335.

¹⁰ M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, Institut des hautes études de Tunis, 1957, p.75. L'auteur remarque que la tautologie est déjà présente dans la loi car les termes « d'obligations naturelles » dans l'art. 1235 al. 2 CCiv. n'apportent rien de plus au problème de la restitution du paiement celui-ci est soit indu soit fondé par un acte onéreux ou gratuit.

¹¹ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, pp. 771-810.

¹² Ch. Atias, « Restaurer le droit du contrat », *D.* 1998, p.137, n°1.

¹³ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, pp.255-272.

en ce sens qu'elles ne sont pas pensées comme la conséquence de l'application de la qualification d'obligation. De même, l'interdiction de la cession de dette fait partie du régime général de l'obligation sans que l'on puisse en fournir une raison tenant à sa nature juridique.

Caractériser la nature juridique de l'obligation, c'est traiter l'ensemble de ces problèmes en fournissant au régime général de l'obligation une raison d'être. C'est identifier la nature de l'obligation indépendamment de son caractère contractuel ou délictuel. Pour que le régime puisse vraiment être dit « général » il faut également saisir l'obligation en général et pour ainsi dire « à l'état pur ». Dans cette voie, l'étude propose de la définir comme une garantie, notion qu'il convient désormais de préciser.

3. Notion de garantie – Dire que l'obligation est une garantie impose de fournir des précisions minimales sur cette notion. Sans ces précisions, il n'y aurait aucune avancée dans l'approfondissement du concept et les notions de lien et de garantie se présenteraient comme équivalentes. Au sens large, la garantie est « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* »¹⁴. L'accent est mis sur l'aspect négatif, c'est-à-dire le risque de perte. En effet, cette acception correspond à l'usage du mot dans la loi à propos de problèmes spécifiques¹⁵ : garantie des vices cachés, d'éviction, de parfait achèvement, de bon fonctionnement etc. Ce sont en général des garanties indemnitaires. Or à bien y réfléchir, n'est-ce pas là le fonctionnement en général de l'obligation ? A défaut d'exécution, celle-ci se résorbe en dommages-intérêts. Certes, on objectera qu'à côté de cette sanction existe l'exécution forcée en nature qui réalise exactement l'objet de l'obligation. Mais cet aspect lui-même correspond encore à la définition visée car, au fond, la distinction réside bien dans l'objet de la garantie et non dans sa finalité qui est bien d'éviter que le créancier ne soit laissé insatisfait. Mieux : le corps du débiteur n'est plus ce qui assure l'exécution, l'obligation engage son actif qui est devenu la mesure de la garantie.

Cependant, la notion de garantie est fortement polysémique¹⁶ même si toutes les garanties tendent à protéger contre un risque¹⁷ et rejoignent par là la première définition évoquée. A l'évidence, aucun travail de conceptualisation approfondi n'a été mené sur la notion de garantie ce qui explique la variabilité de ses emplois : de la

¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007, V° Garantie, sens 1.

¹⁵ B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.XLII, 1964, *passim*.

¹⁶ P. Jourdain, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Lexinexis, Litec, 2007, pp.303-315, spéc. p.304 et 313.

¹⁷ P. Jourdain, *précité*, p.304.

théorie de la garantie de STARCK¹⁸, en passant par les sûretés ou les obligations de garantie qui iraient au-delà de la force majeure¹⁹, le point commun est difficile à trouver. Néanmoins, il faut faire un tri parmi tous les emplois du mot et en raison de notre recherche de cohérence entre la nature de l'obligation et son régime, ce sont des directives méthodologiques qui nous guideront.

Méthodologiquement, le terme et le concept doivent être distingués. Peu importe l'emploi du mot, seul le sens attribué importe, la chose visée sous le mot. A cet égard, il est inutile pour notre étude de recenser tous les usages du terme. Seul le concept nous intéresse et celui-ci n'est pas forcément désigné par le terme de garantie. De même, si le concept est ce qui est recherché, peu importe la fonction même de garantie. En effet, à ne considérer que son rôle, tout dans le droit pourrait être une garantie dans la mesure où la plupart des mécanismes juridiques tendent à assurer la réalisation et l'effectivité des droits. Ce qu'il faut isoler c'est, au sein de la notion de garantie, ce que l'obligation peut avoir de spécifique. Or ce type d'analyse par distinction du genre et de l'espèce est bien ce qui caractérise une définition²⁰, processus qui conduit à effectuer des rapprochements avec des notions voisines. Parce que la sûreté est par excellence une garantie, la comparaison semble inévitable entre celle-ci et l'obligation.

4. Garantie et sûreté – La garantie est très proche de la notion de sûreté qui est censée en être une espèce²¹. Les sûretés partagent toutes au moins un trait commun : elles ajoutent un droit supplémentaire au droit primordial, précisément celui qu'il faut garantir²². Pourtant, à lire l'article 2284 du Code civil, l'obligation y est appréhendée comme une sûreté avec l'assiette la plus large possible²³, interprétation que confirme l'article suivant²⁴ qui qualifie de façon ambiguë les biens du débiteur comme un « gage commun », alors même qu'au sens technique, le gage est une sûreté réelle portant sur un bien ou un ensemble de biens meubles corporels²⁵.

¹⁸ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, L. Rodstein, 1947.

¹⁹ Sur tous ces points, P. Jourdain, art. précité, p.304 et 310.

²⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007, préface, p.X.

²¹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.248, 1995, n°284, p.235.

²² P. Crocq, précité, n°272, p.225.

²³ Art. 2284 CCiv. (anc. art. 2092) : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

²⁴ Art. 2285 CCiv. (anc. art. 2093) : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

²⁵ Art. 2333 CCiv. Aussi, il serait techniquement plus exact de ranger l'obligation parmi les privilèges généraux (art. 2324 CCiv.) qui portent sur la totalité de l'actif. A cet égard, l'obligation serait un privilège de rang zéro, qui

L'analogie n'est pourtant pas innocente. Ce que la loi suggère c'est que, sans être une sûreté, l'obligation en est la figure primordiale, pour ne pas dire fondamentale²⁶. Sans la possibilité d'une réalisation forcée sur l'ensemble de l'actif du débiteur, l'obligation n'aurait aucune effectivité. C'est justement ce droit créé sur l'actif du débiteur qui semble éclairer le régime général de l'obligation. Par exemple, les actions paulienne ou oblique ont pour rôle de conserver l'actif afin que les voies d'exécution puissent l'appréhender. De même, cette idée fait pressentir que tous les actifs ne se valent pas, laissant entrevoir une nouvelle analyse de la cession de dette. Enfin l'extinction de l'obligation est justifiée chaque fois que le créancier a été satisfait, car désormais la garantie est devenue inutile.

Ainsi, l'obligation est, comme la sûreté, une garantie mais s'en distingue parce qu'elle constitue sa forme excellente et primitive, celle sur laquelle les sûretés pourront justement venir se greffer. L'obligation ne serait alors pas autre chose qu'une garantie accordée à titre principal²⁷, la garantie *essentielle* au sens propre du terme. C'est dans ce sens qu'est entendue la définition de l'obligation comme garantie. A cet égard, rien ne sera dit sur la pertinence de réduire le contrat à une somme d'obligations²⁸.

L'étude vise la définition de la qualification d'obligation dans la perspective de l'application de son régime juridique. Elle ne prétend pas en faire un élément d'appréhension d'autres concepts, voire un sujet de réflexion philosophique. Pour intéressantes que soient ces dernières démarches, elles ne s'inscrivent pas dans un projet strictement méthodologique visant à rendre compte de l'idée qu'une différence de nature implique une différence de régime²⁹. Autrement dit, ce qui est recherché est la signification technique (proprement juridique) de l'obligation, en dehors de ses sens métaphysiques, sociologiques, moraux...

5. Nature et régime de l'obligation – La nature de garantie de l'obligation doit permettre de rendre compte des règles qui composent son régime juridique.

mettrait tous les créanciers à égalité (comp. art. 2326 CCiv.) et les privilèges au sens strict seraient alors des modalités qui aboutiraient à hiérarchiser les obligations.

²⁶ Comp. avec la définition de la garantie de paiement donnée par P. Crocq (précité, n°287, p.238) et qui pourrait convenir à la définition de l'obligation elle-même : « les garanties de paiement sont des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution ». En mettant de côté le caractère spécifique, c'est la notion même d'obligation qui se dévoile : elle a pour objet le paiement, à défaut une exécution par équivalent et permet des mesures préventives (action paulienne, opposition à partage...).

²⁷ F. Paraiso, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, thèse, Aix-en-Provence, dir. Ch. Atias, 2008, p.318, n°463.

²⁸ Sur cette question, P. Ancel, art. précité, spéc. n°2, 9, 11, 27.

²⁹ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p.258.

Schématiquement, celui-ci peut être ramené à trois grands problèmes : celui des conditions de mise en œuvre des différentes actions (paulienne, oblique et directe), celui de la circulation de l'obligation (cession de créance, de dette et de contrat) et enfin celui de son extinction. Dans ce tableau ne manquent que les qualifications de la solidarité et de l'indivisibilité qui, précisément parce qu'elles sont des modalités ajoutées à l'obligation primitive, ne semblent pas entrer à strictement parler dans son régime général. Pour chacune des qualifications, il s'agira de montrer en quoi la définition de l'obligation comme garantie apporte des clarifications et des simplifications aux problèmes habituels qu'elles suscitent.

Pour saisir la logique du régime juridique de l'obligation, il faut prendre sa vie à rebours : la finalité de l'obligation est son extinction par le paiement, c'est-à-dire par la satisfaction du créancier³⁰. Dès lors que l'exécution est réalisée, une protection éventuelle contre le risque d'inexécution devient inutile. L'objet de la garantie est en même temps son objectif : satisfaire juridiquement le créancier³¹. Comment y parvenir malgré tout en cas d'inexécution ? En appréhendant éventuellement l'actif du débiteur pour garantir l'effectivité de la satisfaction du créancier. Ce fait même devrait d'ailleurs inciter le débiteur à s'exécuter, sachant qu'il ne pourra jamais (en principe au moins) se soustraire à l'assiette très vaste de la garantie : tous ses biens, présents et futurs. A suivre la lettre de la loi³², l'obligation est la garantie que les biens présents et à venir du débiteur répondent de son engagement.

On retrouve, sous un aspect renouvelé, les trois éléments classiques de l'obligation. Le dette est l'aspect passif de l'obligation, autrement dit dans la présente perspective l'ensemble des biens sur lesquels la garantie a une emprise. La créance est l'aspect actif de l'obligation autrement dit l'objet même de la garantie. Le lien est alors compris comme la garantie en tant que telle qui confère aux deux éléments précédents leur unité. Ainsi, l'assiette de la garantie, constituée par les biens du débiteur permet de réaliser au besoin la satisfaction du créancier, objet de la garantie.

³⁰ F. Grua, « L'obligation et son paiement », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, n°2, p.480 : « L'obligation trouve son origine dans son effet ».

³¹ F. Grua, précité, n°4, p.481 : « Les parties fixent les modalités du paiement à leur guise, car elles participent de la satisfaction du créancier, qui est affaire de convenance ».

³² Art. 2284 CCiv.

I. – Assiette de la garantie : les biens du débiteur

6. Biens du débiteur – La sûreté est une garantie dont l'assiette correspond aux biens sur lesquels elle porte³³. L'article 2284 du Code civil procède de la même manière pour définir l'assiette de l'obligation en précisant qu'elle porte sur tous les biens présents et futurs du débiteur³⁴. Ainsi, l'obligation apparaît jusque dans la loi comme une garantie et c'est tout l'actif du débiteur qui doit être conservé par et pour l'obligation, autrement dit en vue de son exécution (B). Cet objectif permet de mettre en lumière la raison technique de l'interdiction de la cession de dette (A).

A. Interdiction de la cession de dette

7. Cession de dette isolée – Si la jurisprudence paraît interdire une cession de dette isolée³⁵, le législateur ne l'a jamais condamnée en tant que telle. Cependant, il a organisé le changement de débiteur à travers des qualifications spécifiques (novation, délégation) qui requièrent toutes le consentement du créancier. De là vient sans doute l'embarras pour expliquer une telle interdiction en dehors de ces hypothèses. Pour cela, la doctrine et la jurisprudence tentent souvent de découvrir dans toute obligation une forme implicite d'*intuitus personae*³⁶ qui viserait, selon les auteurs, la solvabilité, la moralité, le talent dans les affaires du débiteur ou même la confiance manifestée par le créancier. Ces explications paraissent être une réminiscence de l'idée que l'obligation lie au sens physique le débiteur et lui emprunte alors ses caractéristiques. Il est bien évident qu'une conception étroitement personnelle d'un lien, qui permettait historiquement au créancier d'appréhender le corps du débiteur³⁷, a pour corollaire immédiat l'impossibilité de céder ses dettes. Reste que les observations doctrinales actuelles, sans doute pertinentes d'un point de vue sociologique, masquent la raison purement technique de cette interdiction. Cette dernière consiste en ceci : l'assiette de la garantie est constituée par l'ensemble des biens meubles et immeubles, présents et futurs si bien qu'admettre la cession de dette

³³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007, V° assiette, sens 1.

³⁴ Art. 2284 CCiv.

³⁵ Mais les arrêts n'abordent jamais la question de front : ils se contentent de priver ce type d'opération de portée par d'autres voies : effet relatif (Civ. 1^{ère} 30 avril 2009, Bull. I, n°82 ; Civ. 1^{ère} 2 juin 1992, Bull. I, n°168), volonté incertaine (Com. 16 nov. 1993, Bull. IV, n°406).

³⁶ Civ. 12 mars 1946, JCP 1946, II, 3114, note R. C. ; D. 1946, p.268. Selon la Cour de cassation : « la personnalité du débiteur d'une obligation ne saurait être présumée indifférente au créancier ».

³⁷ R.-M. Rampelberg, « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », APD 2000, p.54.

pure et simple reviendrait à modifier *ipso jure* l'assiette de la garantie. Pour le dire autrement, toute cession de dette isolée modifie la portée des droits du créancier : voilà pourquoi on ne saurait l'admettre sans son consentement. Toute cession de dette isolée, c'est-à-dire qui ne prévoit aucune contrepartie, modifie ce que la loi a désigné comme le gage commun des créanciers³⁸.

En caractérisant l'obligation comme garantie, l'explication de l'interdiction de la cession de dette se précise. L'argument conceptuel pour la refuser est le suivant : toute cession de dette isolée étant une modification des droits du créancier en raison de la modification nécessaire de l'assiette de sa garantie, son consentement à ce type d'opération est requis³⁹. Toutefois l'absence de consentement du créancier n'empêche pas de conclure une convention sur le paiement de la dette d'autrui⁴⁰. Les juges ont déjà pu accepter qu'une partie promette à une autre de payer sa dette⁴¹ ce qui, *en fait*, équivaut à une cession de dette. Mais l'absence de l'accord du créancier, rend impossible *en droit* le changement du débiteur⁴², autrement dit la modification de l'assiette de la garantie qui suppose qu'un nouvel actif devra en répondre. Bref, ce serait réaliser une novation sans le dire.

8. Cession de dette et novation – L'une des hypothèses de novation est celle du changement de débiteur⁴³. La lettre de la loi impose explicitement que le créancier manifeste sa volonté pour que le débiteur soit déchargé. Ceci veut dire que l'extinction de l'obligation du débiteur nécessite la volonté du créancier, car lui seul est en mesure de reconnaître le changement de débiteur comme lui procurant satisfaction. La novation apparaît alors comme un substitut du paiement⁴⁴ qui justifie l'extinction de l'obligation et explique en même temps que la novation soit créatrice d'une nouvelle obligation, c'est-à-dire d'une garantie nouvelle ayant pour assiette un actif différent. Ce type de novation « *peut s'opérer sans le concours du premier débiteur* »⁴⁵ : l'accord de volontés a bien lieu entre le créancier et le nouveau débiteur ce qui suppose la création d'une obligation distincte de celle qui a été éteinte.

³⁸ Art. 2285 CCiv. (anc. art. 2093).

³⁹ Civ. 1^{ère} 30 avril 2009, Bull. I, n°82 : « une telle cession ne pouvait avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti ».

⁴⁰ Art. 1236 al. 2 CCiv.

⁴¹ Par ex. pour une telle convention conclue entre époux lors de la liquidation du régime matrimonial : Civ. 1^{ère} 2 juin 1992, précité.

⁴² J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, précité, n°371, pp.407-410.

⁴³ Art. 1271-2° CCiv. : « un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier »

⁴⁴ V. *infra*, n°26.

⁴⁵ Art. 1274 CCiv.

Pour résumer, l'état actuel de la législation rend inconcevable l'idée de modifier l'assiette de la garantie sans prouver l'accord du créancier. De ceci, il faut en conclure qu'une même obligation ne peut se transmettre passivement à un autre débiteur sans supposer l'*extinction* de la première obligation⁴⁶. Dès lors, la cession de dette isolée est un concept introuvable⁴⁷. Ce dernier supposerait de caractériser deux idées contradictoires : l'extinction de la dette et son transfert ; la vie et la mort seraient mêlées dans le même élément. En effet de deux choses l'une : ou bien une nouvelle obligation distincte est créée et elle s'ajoute à la précédente et ce n'est pas une cession de dette ; ou bien la même dette est cédée et donc le débiteur primitif est déchargé ce qui signifie bien que son obligation est éteinte. En un mot : le changement de débiteur (et non l'ajout d'un débiteur supplémentaire) n'est intelligible qu'à travers la figure de la novation. Une telle conclusion renouvelle alors le débat sur la cession de contrat qui semble emporter la possibilité de céder ses dettes moyennant l'autorisation de la partie cédée.

9. Cession de dette par cession de contrat – La loi connaît la cession de créance qui ne requiert pas le consentement du débiteur mais seulement son information grâce à une signification qui règle l'opposabilité de l'opération⁴⁸. Le problème est alors le suivant : faut-il ramener la cession de contrat à cette figure ou bien au contraire la rapprocher de l'interdiction de la cession de dette ? Selon la branche choisie de l'alternative, le consentement de l'autre partie au contrat sera tenu pour superflu ou nécessaire. Toutefois, poser la question de cette façon présente l'inconvénient de réduire le contrat à une seule de ses dimensions : les créances ou les dettes. Or tout contrat, parce qu'il est le plus souvent synallagmatique, est une combinaison de ces deux aspects. La tentation est alors grande de voir dans la cession de contrat une espèce d'opération d'un troisième type qui n'est ni cession de créance, ni cession de dette mais conjonction spécifique de ces deux éléments⁴⁹. L'autonomie de la cession de contrat lui permettrait alors d'échapper à la fois aux formalités de la cession de créance et à l'interdiction d'une cession de dette isolée.

La définition de l'obligation comme garantie propose une solution bien plus simple, à l'écart de la subtilité des analyses habituellement déployées. En effet,

⁴⁶ Com. 12 mars 1995, Bull. IV, n°294 : « La seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette ».

⁴⁷ Même conclusion avec un argument différent: la dette n'est pas un bien, la « céder » n'a alors aucun sens selon A. Sérioux, *Droit des obligations*, PUF, droit fondamental, 2^{ème} éd., 1998, n°179, pp.655-656.

⁴⁸ Art. 1690 CCiv.

⁴⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007, n°917, p.487 : c'est un « transfert unitaire et intégral de la qualité de contractant »

qu'une seule ou plusieurs dettes soient cédées ne modifie pas la nature du problème : il s'agit toujours de modifier l'assiette de la garantie. A cet égard, la cession de dette existante ne se conçoit que par la voie de la novation qui, bien entendu, nécessite le consentement du créancier⁵⁰. De même, il faut alors admettre que le contrat impliquant une cession de dette, il requiert à ce titre le consentement du cédé. Même comprise dans un contrat, la cession de dette demeurerait une novation. Pourtant, le problème ne se résume pas à une novation qui suppose que les dettes déjà existantes soient cédées. Dans le cas de la cession de contrat, il s'agit surtout de dettes futures. Le consentement du cédé a alors un sens différent.

10. Consentement du cédé ⁵¹ – Si le cédé doit exprimer sa volonté pour que le contrat puisse être transféré au cessionnaire, c'est en raison de la modification de l'assiette de la garantie. La particularité de l'opération de cession, qui la distingue d'une novation au sens strict, est qu'elle porte sur des dettes futures. Par hypothèse, la cession de contrat n'a de sens que pour des conventions à exécution successive. Or, en ce cas, les obligations passées (déjà exécutées) ont produit leur effet. Par exemple, dans une cession de bail, la jouissance du local a été retirée, les loyers ont été payés etc. Le consentement à la cession de contrat ne fait alors pas naître un nouveau contrat⁵² mais permet seulement que les garanties futures puissent changer d'assiette. Autrement dit, les obligations déjà existantes sont exécutées par le débiteur originaire (sauf novation⁵³) et les futures obligations par le nouveau débiteur.

C'est pourquoi, les juges distinguent entre les dettes existantes *avant* la cession qui restent à la charge du cédant et celles qui naissent *postérieurement* directement sur la tête du cessionnaire⁵⁴. Cette distinction met bien en lumière le fait qu'il est interdit de modifier l'assiette d'une garantie existante mais qu'il est en revanche permis de s'accorder sur l'assiette des garanties futures. La fameuse autorisation de cession que

⁵⁰ Raison pour laquelle les juges exigent le consentement de la partie cédée : Civ. 12 mars 1946, précité : « La transmission à un tiers des obligations actives et passives, corrélatives, résultant, pour l'une des parties, d'un contrat synallagmatique, tendant à une substitution de débiteur, n'est opposable à l'autre partie que si elle a été acceptée par cette dernière ».

⁵¹ Ch. Jamin, M. Billiau, « Cession conventionnelle de contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1998, chr., p.145 et s.

⁵² La question est discutée, v. en faveur de la reconnaissance d'un nouveau contrat : J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, précité, n°282, p.295.

⁵³ A défaut ce sera alors une délégation : M. Billiau, *La délégation de créance (Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations)*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.390, 1989. On remarquera en outre que les obligations futures ayant une autre assiette, elles sont forcément distinctes des obligations qu'a déjà fait naître le contrat. La distinction temporelle (avant ou après la cession) semble évincer la référence à l'extinction de l'obligation comme l'exige la novation. En réalité, le cédant perd ces droits (par ex. dans un bail la possibilité de donner congé), il y a donc bien une extinction, confirmant la mise œuvre d'un mécanisme novatoire portant sur le contenu du contrat mais non sur le contrat lui-même en tant que source des droits et obligations.

⁵⁴ Civ. 3^{ème} 12 juillet 1988, Bull. III, n°125

le bailleur peut accorder dans le contrat lui-même⁵⁵ se conçoit comme la possibilité de faire naître les dettes futures sur la tête d'un autre que le débiteur originaire. En définitive, c'est faire une convention sur l'exécution de l'obligation par un tiers au contrat. Ce n'est pas un simple paiement de la dette d'autrui, car dans celle-ci ce ne sont pas les biens du tiers *solvens* qui répondent de l'exécution de l'obligation mais toujours ceux du débiteur primitif. En revanche, admettre qu'un tiers (le cédé) puissent exécuter la convention, c'est admettre que ses propres biens répondent de l'exécution de certaines obligations futures, bref qu'une garantie avec une assiette différente naisse. Cette façon de raisonner implique bien sûr de dissocier le contrat des obligations qu'il fait naître et d'analyser la cession de contrat comme l'addition d'une cession de créance et d'une cession de dettes futures. Pourtant, cette dernière expression n'est pas adéquate.

11. Fausse symétrie entre dette et créance⁵⁶ – Si la cession de créance future est admise⁵⁷, alors pourquoi ne pas admettre celle de dettes futures ? Bien que cela eût été séduisant pour l'esprit, il n'y a pas de symétrie entre la cession de dette et de créance. Comme toujours le vocabulaire a son importance : parler de cession de dette future est fallacieux, car ce n'est pas à proprement parler une cession mais la détermination de l'assiette de la garantie. Or cet élément est constitutif de l'identité même de l'obligation : celle-ci a un objet (pour le créancier) et une assiette (pour le débiteur). En raison de sa structure, la garantie affecte un ensemble de biens (assiette) pour satisfaire le créancier (objet). Céder une créance existante ou future ne modifie ni la consistance de l'objet ni l'assiette de la garantie : son identité est préservée. Il s'agit toujours de la même obligation qui circule entre des mains différentes : la créance ne se modifie pas que Dupont ou Durand en soit le titulaire. Pour cette raison, le terme de cession de créance est adéquat, car ce qui est cédé demeure identique à lui-même. En revanche, « céder une dette » est un non-sens car la dette représente l'assiette de la garantie. Or selon que tel ou tel ensemble de biens répond de l'exécution, l'identité de l'obligation est radicalement modifiée. Deux obligations qui n'ont pas la même assiette sont tout simplement distinctes l'une de l'autre. Alors que la cession de créance est une opération neutre, la cession de dette engage l'essence de l'obligation. Dans ces conditions, les obligations déjà existantes ne

⁵⁵ L. n°89-462 du 6 juillet 1989, art. 8 : « Le locataire ne peut ni céder le contrat de location, ni sous-louer le logement sauf avec l'accord écrit du bailleur, y compris le prix du loyer ». Comp. art. 1717 : « le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ». En somme, la question est de savoir si le consentement a été donné par anticipation.

⁵⁶ R. Libchaber, obs. sous Civ. 1^{ère} 30 avril 2009, *Defrénois* 2009, p. 1289 et s., spéc. p.1292.

⁵⁷ Civ. 1^{ère} 20 mars 2001, Bull. I, n°76.

peuvent être cédées ; elles ne peuvent qu'être éteintes par changement de débiteur et il s'agit alors de novation⁵⁸.

12. Signification de la cession – Reste à savoir si le consentement donné à une cession de contrat peut équivaloir à la signification exigée dans la cession de créance ? Si l'on considère la seule assiette de la garantie, alors l'autorisation de la modifier ne peut emporter dispense de signifier la cession de créance elle-même. En effet, le consentement du cédé à la modification de l'assiette de la garantie n'emporte pas en soi dispense de signifier la cession de créance réalisée en même temps que la modification de l'assiette de la garantie. C'est bien pourquoi les juges exigent, même en présence d'une autorisation préalable de cession de contrat, que le cessionnaire réalise la formalité de signification⁵⁹.

Cette position judiciaire permet bien de montrer que la cession de contrat peut être analysée comme l'addition d'une cession de créances et de droits et d'une « cession » de dette. Plus exactement, c'est la combinaison d'une cession de créances (futures) et d'une détermination de l'assiette des garanties à naître. Lorsque la même personne se charge d'exécuter les obligations futures et devient en outre créancière et titulaire des droits futurs du contrat, elle réunit sur sa tête toutes les prérogatives d'une partie au contrat. L'originalité réside ici dans le fait qu'elle n'a pas conclu un nouveau contrat avec le cédé puisqu'il n'y a eu aucun accord de volontés entre eux. Pourtant, ce n'est que par image que l'on pourrait parler de la cession de qualité de partie car cette qualité nécessite normalement de consentir à la convention. Cette analyse est confirmée par le fait que la jurisprudence reconnaît que les dettes futures puissent naître sur la tête du cessionnaire sans que pour autant ses créances soient opposables au cédé⁶⁰. Ceci revient bien à distinguer entre l'assiette de la garantie (dette) et son objet (créance). En définitive, la cession de contrat n'est que la conjonction de ces deux opérations. Cette distinction permet d'expliquer le cumul de deux exigences en apparence redondantes. Parce que des créances et des droits sont cédés, il faut une signification au cédé. Parce que l'assiette de la garantie est modifiée, il faut le consentement du cédé. En revanche, cette analyse est inutile en cas de transfert d'une universalité.

13. Cession de dette dans une universalité – La cession de dette dans une universalité correspond à l'hypothèse du transfert à cause de mort : le concept de

⁵⁸ V. *supra* n°8. Parler de « novation future » serait encore un non-sens car on ne peut éteindre par anticipation une obligation qui n'existe pas encore. L'opération ne désigne qu'une détermination future de l'assiette de la garantie.

⁵⁹ Civ. 3^{ème} 6 fév. 1979, Bull. III, n°64 : « la cession d'un bail, fût-elle autorisée préalablement par le bailleur, n'est opposable à celui-ci que si elle lui a été signifiée ou s'il a été partie à l'acte authentique ».

⁶⁰ Com. 6 mai 1997, Bull. IV, n°117

patrimoine selon AUBRY et RAU comme universalité de droit a d'ailleurs été originellement conçu pour expliquer l'obligation *ultra vires successionis* des héritiers⁶¹. En effet, il semble y avoir dans ce cas une modification de l'assiette de la garantie puisque les biens de l'héritier vont se confondre avec ceux du défunt, une forme de cession de dette paraît admise.

Pourtant, il n'y a rien ici qui contrevienne aux développements précédents. Tant que le partage n'a pas eu lieu, l'assiette de la garantie demeure inchangée⁶² et les créanciers « *seront payés par prélèvement sur l'actif avant partage* »⁶³ et « *ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis* »⁶⁴. On ne saurait mieux illustrer la permanence et l'identité de l'obligation : l'assiette de la garantie demeure inchangée pour le créancier quelle que soient ses vicissitudes, décès du débiteur et pluralité d'héritiers. Rien ne change pour le créancier qui bénéficiera toujours de la même assiette⁶⁵ et donc du même actif : ce qui a pu apparaître comme une exception à beaucoup d'auteurs est en réalité justifié par la nature même de l'obligation. Cette situation peut d'ailleurs être comparée avec la fiction de la survie de la personne morale pour les besoins de la liquidation⁶⁶. L'un des intérêts de cette survie est de maintenir une séparation entre l'actif de la société et des associés, donc en définitive de maintenir l'intégrité de l'assiette de la garantie des créanciers de la société. En formulant la règle au regard du concept de garantie, le recours à la fiction devient inutile. Une nouvelle fois, le concept de garantie apporte unité et simplicité.

Postérieurement au partage, les biens vont se dissiper entre les héritiers : le créancier doit alors diviser son action entre tous les successeurs⁶⁷. Mais ici encore, l'assiette initiale semble demeurer dans l'esprit puisque la loi prévoit en matière successorale que « *les créanciers du défunt (...) peuvent demander à être préférés sur l'actif successoral à tout créancier personnel de l'héritier* »⁶⁸. Il s'agit de la confirmation que,

⁶¹ F. Cohet-Cordey, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif », *RTD civ.* 1996, n°27, p.831 ; F. Zénati, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p.669.

⁶² Req. 24 déc. 1912, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Dalloz, t. 1, 12^{ème} éd., 2007, n° 107, arrêt *Frécon* : « malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, le gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant continue, même après son décès, et ce jusqu'au partage, de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité toute entière ».

⁶³ Art. 815-17 al. 1 CCiv.

⁶⁴ Art. 815-17 précité.

⁶⁵ Il peut toutefois y renoncer et opter pour la mise en œuvre de la divisibilité prévue par les art. 873 et 1220 CCiv. en poursuivant personnellement l'héritier, proportionnellement pour sa part et portion : Civ. 1^{ère} 14 mars 1972, *Bull. I*, n°83.

⁶⁶ Art. 1844-8 al. 3 CCiv. : « La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci »

⁶⁷ Art. 1220 CCiv.

⁶⁸ Art. 878 al. 1 CCiv.

même après le partage, l'assiette de la garantie demeure. Trois raisons viennent à l'appui de cette interprétation. D'abord, cette disposition ne peut se lire comme la répétition de l'article consacré à l'indivision⁶⁹. Ensuite, la loi ne distingue pas temporellement avant et après le partage. Enfin, elle organise une séparation bilatérale des actifs qui profite en sens inverse aux créanciers personnels du défunt ce qui confirme que les garanties distinctes conservent des assiettes distinctes. Mieux, la loi indique que ce droit de préférence obéit au régime des sûretés⁷⁰ ce qui appuie une nouvelle fois la pertinence du rapprochement entre l'obligation et la sûreté : la garantie obligationnelle ne s'en distingue que par son caractère principal⁷¹.

Finalement, dans le cas où l'héritier a accepté purement et simplement, ses propres biens vont s'ajouter au règlement du passif successoral et cet élargissement de l'assiette de la garantie est, avant le partage, un avantage pour le créancier pour qui il devient un débiteur personnel. Même dans l'hypothèse d'une simple acceptation à concurrence de l'actif net (sous bénéfice d'inventaire), la loi préserve en soi l'unité de l'assiette de la garantie avant le partage et après celui-ci par la technique des privilèges. Ce double aspect souligne combien l'obligation, en tant que garantie, possède une assiette stable et vise à la conservation de l'actif du débiteur.

B. Conservation de l'actif

14. Consistance de l'actif – L'assiette de l'obligation porte sur tous les biens du débiteur, sur son actif envisagé comme une totalité abstraite. Cette emprise générale a permis d'éclairer en quoi la cession de dette est proprement inconcevable dans cette perspective, puisque la modification de cette assiette est modification de l'obligation elle-même. Mais la nature de garantie de l'obligation permet en outre d'éclairer l'ensemble des mécanismes conservatoires : action paulienne, oblique voire opposition à partage. Ces dispositifs trouvent leur unité dans l'idée de préservation de l'assiette de la garantie⁷². En effet, la consistance de l'actif du débiteur n'est pas indifférente au créancier : des sommes d'argent sont matériellement plus difficiles à

⁶⁹ Art. 815-17 al. 1 CCiv. L'argument économique interdit d'ailleurs d'interpréter une disposition en la rendant superflue : J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, p.151.

⁷⁰ Art. 878 al. 3 CCiv. : « Le droit de préférence donne lieu au privilège sur les immeubles prévu au 6° de l'article 2374 et il est sujet à inscription conformément à l'article 2383 ». C'est la technique du privilège (dont la publication n'est pas nécessaire) qui va assurer cette séparation des actifs même après le partage. Mais ce privilège n'est-ce pas l'obligation elle-même ? v. *supra* note 25.

⁷¹ V. *supra* n°4.

⁷² L. Sauton-Laguionie, *La fraude paulienne*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.500, 2008, n°106, p.67.

saisir que des appartements. Pour le dire autrement, la garantie porte abstraitement sur l'actif du débiteur, mais encore vise concrètement à le figer. En ce sens, si le débiteur demeure libre dans sa gestion, celle-ci trouve une limite du moment que les modifications apportées à l'actif (altération de consistance, diminution, manque à gagner) lèsent le créancier. Celui-ci s'est en effet engagé au regard d'un certain actif et l'obligation a pour rôle de lui garantir au sens propre une stabilité de l'actif sur lequel il pourra éventuellement se payer. Bref, le régime juridique de l'obligation organise sa propre effectivité. A cet égard, il s'agit de vérifier à propos des actions déjà citées en quoi la définition de l'obligation comme garantie apporte des éclaircissements bienvenus.

15. Action paulienne : effets – Action à l'origine et à la nature incertaines, elle est consacrée par un article unique du Code civil⁷³. Elle pourrait être directement déduite de la nature même de l'obligation comme garantie⁷⁴. Le rôle de l'action paulienne est en effet de protéger le créancier grâce à une action en inopposabilité pour les actes que le débiteur a frauduleusement accomplis. Elle ne répare pas un préjudice (la notion de faute est hors de cause) et n'annule pas l'acte accompli, pas plus qu'elle ne constitue une révocation (réservée aux libéralités) ou n'est nécessairement une simulation. L'action paulienne a un effet particulier qui consiste à rétablir l'assiette de la garantie telle qu'elle existait avant les actes frauduleux du débiteur : il s'agit bien de conserver l'actif⁷⁵.

Cette idée explique les effets habituellement reconnus. Si le créancier peut poursuivre le bien entre les mains du tiers⁷⁶, c'est parce qu'à son égard, l'assiette de la garantie demeure inchangée. Le rapprochement avec le privilège de séparation en matière successorale est évocateur⁷⁷ : s'il ne procède pas de la même inspiration, il relève de la même technique. La question de savoir si le bien réintègre l'actif du débiteur⁷⁸ se révèle sans objet : du moment que la fraude paulienne est établie, le créancier peut considérer que ce bien n'a jamais quitté l'actif du débiteur, autrement

⁷³ Art. 1167 CCiv.

⁷⁴ A cet égard, c'est fort logiquement qu'on lui reconnaît une nature personnelle car c'est l'obligation même. En ce sens, L. Sauton-Laguionie, *La fraude paulienne*, précité, n°928, p.644 ; B. Roman, « La nature juridique de l'action paulienne », *Defrénois* 2005, p.657, n°4.

⁷⁵ B. Roman, précité, p.674, n°35.

⁷⁶ Civ. 1^{ère} 30 mai 2006, Bull. I, n°268 : « l'inopposabilité paulienne autorise le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits, afin d'en faire éventuellement saisir l'objet entre les mains du tiers »

⁷⁷ V. *supra* n°12.

⁷⁸ Civ. 1^{ère} 1^{er} juill. 1975, Bull. I, n°213 : « L'admission de la fraude paulienne a pour effet de révoquer rétroactivement l'acte frauduleux, ce qui entraîne le retour du bien aliéné dans le patrimoine du débiteur où le créancier demandeur pourra seul éventuellement le saisir ».

dit que l'assiette de sa garantie est restée inchangée. De même, il est encore logique de considérer que seul le créancier partie à l'instance puisse se prévaloir de l'inopposabilité⁷⁹ puisqu'il s'agit du prolongement de l'effet relatif de l'obligation entre le créancier et le débiteur. Ce n'est pas un hasard si la disposition législative concernant l'action paulienne suit immédiatement l'article 1165 qui traite de l'effet relatif⁸⁰. Au fond, l'action paulienne consacre une « inopposabilité relative », c'est-à-dire limitée au seul créancier⁸¹. Il serait encore plus simple de dire que la fraude du débiteur ne peut, à l'égard du créancier, modifier l'assiette de la garantie dont il est le bénéficiaire.

16. Action paulienne : conditions – C'est sans doute du point de vue des conditions de mise œuvre de l'action paulienne que la simplification est encore plus nette. Les juges exigent la preuve de l'insolvabilité du débiteur⁸² ou du moins la perte d'un droit spécial⁸³, voire la diminution de l'efficacité d'une sûreté⁸⁴. La condition de mise en œuvre ne se limite pas à un acte d'appauvrissement. En réalité, la preuve à rapporter se ramène à établir que la *consistance* de l'assiette a été modifiée dans un sens défavorable au créancier. D'ailleurs, la seule modification de la consistance de l'actif rend l'action recevable, car des sommes d'argent sont par exemple plus difficiles à saisir que les éléments physiques d'un fonds de commerce⁸⁵. Autrement dit, ce que les juges apprécient est bien si l'assiette de la garantie a été anormalement altérée et si tel est le cas, l'action paulienne permettra de s'en tenir à la consistance de l'actif telle qu'elle existait avant les actes litigieux.

Une autre condition de mise en œuvre est relative aux qualités de la créance qui, selon une formule aussi connue qu'ambiguë, doit être certaine en son principe⁸⁶. Cela signifie que l'absence de liquidité ou d'exigibilité est indifférente pour accueillir l'action. Ordinairement, cela est expliqué par le fait que l'action paulienne est un acte conservatoire, et non un acte d'exécution. Mais qu'est-ce qu'un acte conservatoire si ce n'est celui qui a pour but de préserver l'assiette de la garantie ? Dans cette voie, les

⁷⁹ Depuis Req. 28 août 1871, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Dalloz, t. 2, 12^{ème} éd., 2008, n° 249, arrêt *Menut*.

⁸⁰ Pour une démonstration complète de cette idée, L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, précité, pp.34-72, n°36-113

⁸¹ L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, précité, n°109, p.70.

⁸² Par ex. Civ. 1^{ère} 1^{er} déc. 1987, Bull. I, n°318 ; Civ. 1^{ère} 5 déc. 1995, Bull. I, n°443.

⁸³ Par ex. Civ. 3^{ème} 6 oct. 2004, Bull. III, n°163 (donation d'un bien objet d'une promesse de vente).

⁸⁴ Civ. 3^{ème} 12 oct. 2005, Bull. III, n°189.

⁸⁵ Et ce même si la vente a été effectuée pour un prix normal : Com. 1^{er} mars 1994, Bull. IV, n°81.

⁸⁶ Par ex. Civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, Bull. I, n°271.

juges ajoutent que la créance doit exister (dans son principe) avant l'acte attaqué⁸⁷. Si, par exemple, le futur débiteur se dépouille avant de s'engager, l'action paulienne n'est plus le fondement, c'est l'adage selon lequel « la fraude corrompt tout »⁸⁸. Pourquoi cette restriction ? Parce que cette condition d'antériorité de la créance n'est pas autre chose que la nécessité de prouver l'existence de l'obligation elle-même. Sous cet aspect, cette exigence est une tautologie : pour bénéficier de la stabilité de l'assiette de la garantie, il faut qu'une garantie existe forcément ! Par exemple, une caution pourrait-elle être poursuivie sur le fondement de l'action paulienne alors même que le débiteur principal n'est pas encore défaillant⁸⁹ ? La subsidiarité du cautionnement semble s'y opposer, car la caution n'est pas actuellement débitrice mais virtuellement débitrice : la créance n'existe que dans son principe. Or une thèse désormais classique⁹⁰ exprime cela en identifiant dans le cautionnement une obligation de couverture qui vise les dettes futures : on retrouve alors l'existence préalable de l'obligation. Certains objecteront que cette obligation de couverture est bien curieuse car elle n'a pas d'objet défini⁹¹. Ici l'analyse parvient aux limites de la question de savoir si le contrat lui-même est une obligation qui s'ajoute à celles qu'il fait naître (différence de degré) ou s'il est une norme ayant force obligatoire (différence de nature). Sans prétendre résoudre le problème de la définition du contrat, on peut placer la question du point de vue de ses effets. Il s'agit alors de se demander si la « force obligatoire » du contrat peut se traduire en « force de garantie » du contrat. En effet, si l'on demeure fidèle à la définition de l'obligation comme garantie, on ne voit pas pourquoi l'adjectif « obligatoire » devrait alors signifier dans l'expression visée la force « contraignante » du contrat. A ce titre, il ne semble pas excessif de considérer que tout contractant, en s'engageant, crée *ipso jure* une garantie sur l'ensemble de ses biens, ce qui voudrait très classiquement dire que tout contrat est une obligation, c'est-à-dire une garantie qui aurait pour objet de faire respecter tous les éléments qui y sont contenus⁹². Dès lors, les créances futures qui

⁸⁷ Civ. 1^{ère} 17 janv. 1984, Bull. I, n°16 : « Il n'est pas nécessaire pour que l'action paulienne puisse être exercée, que la créance dont se prévaut le demandeur ait été certaine ni exigible au moment de l'acte argué de fraude (...) il suffit (...) que le principe de la créance ait existé avant la conclusion dudit acte par le débiteur ».

⁸⁸ Civ. 1^{ère} 7 janv. 1982, Bull. I, n°4.

⁸⁹ Civ. 1^{ère} 13 janv. 1993, Bull. I, n°5 : « l'obligation [du débiteur] étant née dès le jour de son engagement de caution, [le créancier] possédait un principe certain de créance antérieurement à la vente ».

⁹⁰ Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, Librairies techniques, Bibl. de droit de l'entreprise, 1979.

⁹¹ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », précité, n°41.

⁹² Comp. en conclusion d'une argumentation pour l'existence de l'obligation de couverture et contre la distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel : M. Cabrillac ; Ch. Mouly ; S. Cabrillac ; Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 8^{ème} éd. 2007, n°102, p.74 : « la notion de couverture qui se trouve au cœur de plusieurs types de contrats, mériteraient une étude doctrinale globale et approfondie ». Cette couverture serait alors en réalité l'obligation elle-même, en tant que garantie.

pourraient naître seraient toutes distinctes de l'obligation-source sans en être indépendantes. Mieux, cela expliquerait que l'action paulienne existe même si de telles obligations distinctes n'existent pas, notamment lorsque la convention produit des effets extinctifs ou créatifs⁹³. La force obligatoire du contrat serait alors une force de garantie inhérente au contrat⁹⁴.

Cette discussion permet au moins de mettre un point en exergue : l'action paulienne est le prolongement de la relative stabilité de l'assiette de la garantie. En ce sens, les conditions requises pour son exercice se ramènent à établir l'existence de l'obligation (la garantie) et une modification anormale de la consistance de son assiette. Cette façon synthétique de formuler ses conditions de mise en œuvre montre à quel point définir l'obligation comme garantie clarifie un ensemble généralement assez confus de solutions actuellement admises.

17. Opposition au partage – L'opposition à partage permet au créancier d'un copartageant d'éviter que l'opération se réalise en fraude de ses droits en exigeant sa présence⁹⁵. En ce sens, le mécanisme procède du même esprit que l'action paulienne. Par rapport à cette dernière, il a ceci d'original qu'il est effectué de façon préventive, avant même que l'acte de partage ne soit réalisé, tandis que l'action paulienne vise des actes déjà effectués⁹⁶. Pourtant cette seule différence temporelle qui délimite les deux concepts ne peut masquer l'identité de leur nature. Comme dans l'action paulienne, la jurisprudence demande de démontrer l'existence d'une créance certaine en son principe⁹⁷. Comme le partage a pour effet de répartir entre les copartageants la masse de biens, la preuve que la consistance de l'assiette de la garantie va être modifiée est superflète. Aussi les mêmes remarques peuvent-elles être transposées : le créancier doit prouver l'existence de son obligation, indépendamment de son exigibilité ou de sa liquidité. En dépit de la lettre du texte qui vise seulement les créanciers d'un copartageant, la jurisprudence a étendu l'opposition à tous les ayants-droits, bref à toute personne ayant un intérêt légitime⁹⁸. Cet intérêt légitime est en réalité l'existence de l'obligation elle-même. En ce sens

⁹³ Par ex., la transaction, la remise de dette, les contrats-cadres, les promesses de contrats : P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », précité, n°14 et 20.

⁹⁴ Comp. L. Sauton-Laguionie, *La fraude paulienne*, précité, n°114 et s., p.114 et s. qui propose de fonder l'action paulienne sur la force obligatoire du droit du créancier en détaillant toute une série de devoirs que le débiteur devrait respecter (abstention de la fraude, devoirs de bonne foi et de loyauté etc.)

⁹⁵ Art. 882 CCiv.

⁹⁶ Aussi, si le partage a été réalisé hâtivement pour frauder les créanciers, il peut être attaqué par la voie de l'action paulienne : par ex. Civ. 1^{ère} 16 juin 1981, Bull. I, n°212 ; Civ. 1^{ère} 3 déc. 1985, Bull. I, n°334.

⁹⁷ Civ. 1^{ère} 16 juin 1981, précité : la banque dont la créance n'est pas liquide aurait pu faire opposition.

⁹⁸ Civ. 1^{ère} 7 déc. 1964, Bull. I, n°545.

l'opposition à partage peut être comprise comme la demande pour tout titulaire d'une obligation d'être présent lors de l'opération afin de prélever sa créance sur l'actif. En effet, à défaut, l'assiette de sa garantie va se désagréger entre les copartageants et il devra diviser ses poursuites.

De ce point de vue, les créanciers de la succession pourraient parfaitement former opposition au partage⁹⁹. Curieusement, les auteurs y sont défavorables en indiquant que seule une acceptation pure et simple de l'héritier le rend personnellement débiteur du créancier de la succession. L'argument est fondé sur une interprétation purement littérale et très étroite de l'expression « créancier d'un copartageant ». Cette restriction est d'autant plus difficile à comprendre que la jurisprudence a, au contraire, élargi le champ des personnes pouvant faire opposition grâce à la notion d'intérêt légitime. L'un des objectifs de l'opposition est justement de s'assurer un prélèvement sur les biens à partager, autrement dit sur l'assiette initiale de la garantie, pour éviter que les biens ne se dissipent entre les héritiers, contraignant alors le créancier à diviser matériellement ses poursuites contre eux. Cette finalité entre pleinement dans la préservation de l'unité et de la consistance de l'assiette de l'obligation. Ainsi, définir l'obligation comme garantie permet de transcender cette étonnante casuistique.

18. Saisie conservatoire – Comme en matière d'action paulienne ou d'opposition au partage, une saisie conservatoire est possible si « *la créance paraît fondée en son principe* »¹⁰⁰. Ce principe de créance n'est pas autre chose que l'obligation elle-même. Pourquoi faire alors référence à l'apparence ? Parce que la validité de la créance ne peut qu'être présumée : le contrat n'est valable qu'à défaut de preuve d'une cause de nullité. La loi allège pour le créancier la charge de la preuve de la validité de sa propre obligation. Dans la perspective de l'étude il faut comprendre que même si l'objet de la garantie est encore indéterminé (défaut de liquidité) ou si la garantie n'est pas encore effective (défaut d'exigibilité), son assiette existe d'ores et déjà. En conséquence, le titulaire de la garantie peut prétendre à sa conservation.

La loi demande d'établir pour la créance des « *circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement* »¹⁰¹, notion *a priori* vague et abandonnée à l'appréciation des juges du fond¹⁰². Avant la loi de 1991, c'était la condition d'urgence qui prévalait. Au fond, ces deux critères peuvent être ramenés à la même idée : il y a péril (et donc

⁹⁹ Civ. 1^{ère} 30 janv. 1979, Bull. I, n°39 admet l'hypothèse mais refuse de faire produire à cette opposition les effets d'une indisponibilité.

¹⁰⁰ L. n°91-650 du 9 juillet 1991, art.67.

¹⁰¹ L. précitée, art.67 al. 2.

¹⁰² Civ. 2^{ème} 6 mai 1999, pourvoi n°97-13974.

urgence) si l'assiette de la garantie est manifestement insuffisante. Tel est le cas si le débiteur s'apprête à aliéner les derniers biens qui lui restent. C'est une appréciation de l'insolvabilité ou, comme pour l'action paulienne, de la transformation excessive de la consistance du patrimoine¹⁰³. La différence est que la fraude n'a pas besoin d'être prouvée car la mesure conservatoire s'effectue contre le débiteur lui-même et non envers un tiers. Reste que le concept de garantie permet de montrer de quelle façon les conditions d'application de ces différentes actions peuvent s'unifier autour de l'idée d'assiette de la garantie.

19. Action oblique – Sœur de l'action paulienne, l'action oblique protège le créancier contre la déperdition de l'actif du débiteur. En ce sens, elle est expression de la garantie elle-même¹⁰⁴ en ce qu'elle traduit la protection du gage général du créancier¹⁰⁵. En effet, l'assiette de la garantie comprend certes les biens présents (dont l'action paulienne évite qu'ils soient anormalement dispersés ou transformés), mais encore tous les biens futurs. C'est cette déperdition de l'actif futur qui peut être palliée par l'action oblique. La loi n'en précise néanmoins ni les conditions ni les effets. Toutefois, la jurisprudence a dégagé des conditions d'exercice qui diffèrent de celles de l'action paulienne. Ainsi, en matière d'action oblique, la créance doit être certaine, liquide et exigible¹⁰⁶. Le créancier, pour exercer les droits de son débiteur, doit prouver la carence de celui-ci¹⁰⁷ et le créancier doit encore établir que ses propres droits sont compromis¹⁰⁸.

Cette différence dans les conditions de mise en œuvre tient à la finalité spéciale de l'action oblique. Elle vise à intégrer dans l'assiette de la garantie des biens qui y sont virtuellement présents. Or cette mesure ne peut se justifier qu'en raison de l'insuffisance de l'actif actuel¹⁰⁹. C'est cette idée que les juges traduisent en exigeant de prouver que les droits sont compromis : l'assiette de la garantie doit bien être

¹⁰³ C'est l'exemple déjà évoqué des sommes d'argent, plus difficile à saisir, v. *supra* n°14.

¹⁰⁴ Civ. 1^{ère} 18 janvier 1977, Bull. I, n°29 : « la faculté accordée aux créanciers d'exercer les droits et actions de leurs débiteurs n'est qu'une conséquence du gage général qui leur est reconnu sur leurs biens ». (nous soulignons).

¹⁰⁵ J. Bigot de Préameneu, « Exposé des motifs », in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1827, p.238.

¹⁰⁶ Req. 25 mars 1924, DH 1924, p.22.

¹⁰⁷ Par ex., parmi une longue série d'arrêts : Civ. 1^{ère} 28 mai 2002, Bull. I, n°145 : « la carence du débiteur de la partie exerçant l'action oblique se trouve établie lorsqu'il ne justifie d'aucune diligence dans la réclamation de son dû ».

¹⁰⁸ Civ. 3^{ème} 19 juin 1969, Bull. III, n°498 : « l'article 1166 n'est applicable que si la négligence du débiteur compromet les droits du créancier ».

¹⁰⁹ Civ. 1^{ère} 2 déc. 1992, Bull. I, n°294 : parce qu'elle ne peut recouvrir son dû sur l'actif du débiteur, « la créancière avait un intérêt sérieux et légitime, pour la sauvegarde de ses droits, à agir sans délai afin d'être remboursée par prélèvement sur les biens à revenir aux ayants droit de son fils » (nous soulignons).

insuffisante¹¹⁰. La preuve de la carence du débiteur peut être rapprochée de celle de la fraude dans l'action paulienne¹¹¹ où seuls les actes anormaux autorisent le créancier à agir. Or l'anormalité résulte précisément dans l'action oblique de la conjonction de l'insuffisance de l'assiette de la garantie et de la certitude qu'elle ne s'améliorera pas, en raison de l'inertie du débiteur¹¹². Bref, il s'agit concrètement de prouver que les conditions de la satisfaction future du créancier ne sont pas réunies¹¹³. On entrevoit déjà le rapport qui unit l'assiette de la garantie à son objet, c'est-à-dire à la satisfaction du créancier par le paiement¹¹⁴.

De même, si l'action oblique nécessite non la seule existence de l'obligation mais encore son caractère liquide et exigible, c'est pour plusieurs raisons qui tiennent à la fois au créancier, au débiteur et au débiteur du débiteur.

Au regard du créancier, le caractère exigible et liquide permet de prouver l'actualité de l'insuffisance de l'actif. En effet, une créance non exigible laisse encore du temps au débiteur pour augmenter son actif. De même, si la créance n'est pas liquide, il est impossible de savoir si l'assiette de la garantie est insuffisante¹¹⁵. Au regard du débiteur, ces caractères expliquent que le seul exercice de l'action oblique le mette en demeure¹¹⁶ : le temps de l'exécution est arrivé, même si l'action n'est pas directement intentée contre lui. Enfin, au regard du débiteur du débiteur, il serait incompréhensible que le créancier puisse exercer contre lui des voies d'exécution alors que sa propre obligation n'est pas parfaite¹¹⁷. Admettre le contraire reviendrait

¹¹⁰ Civ. 3^{ème} 19 juin 1969, précité, illustre parfaitement cette idée en décidant que l'indemnité d'expropriation remplace la propriété et donc « laisse intacte la masse patrimoniale de l'exproprié et les garanties des créanciers de celui-ci ». L'usage du terme « garanties » (que nous soulignons) n'est ainsi certainement pas un simple hasard mais montre au contraire combien cette notion fait corps avec celle d'obligation.

¹¹¹ G. Goubeaux, « La carence du débiteur, condition de l'action oblique » *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, pp.147-160, spéc. p.151.

¹¹² Civ. 1^{ère} 14 juin 1984, Bull. I, n°197: négligence d'un liquidateur d'une société civile immobilière à recouvrer une créance alors que la société est insolvable.

¹¹³ Civ. 1^{ère} 28 mai 2002, précité qui mentionne une « situation particulièrement obérée ».

¹¹⁴ V. *infra* n°26.

¹¹⁵ Civ. 1^{ère} 4 janv. 1983, Bull. I, n°1 : la liquidité de la créance est nécessaire « à l'appréciation de l'intérêt (...) à exercer l'action oblique ».

¹¹⁶ Civ. 1^{ère} 9 déc. 1970, Bull. I, n°325 : valant mise en demeure du débiteur, l'action oblique marque le point des départ des intérêts moratoires.

¹¹⁷ Toutefois, « l'article 1166 du Code civil ne prescrit pas que le créancier qui veut exercer les droits et actions de son débiteur soit muni d'un titre exécutoire » selon Cass. Req. 8 juill. 1901, DP 1901, 1, p.498. Autrement dit, si à l'égard de son propre débiteur l'action oblique n'est pas un acte d'exécution (elle reconstitue l'actif), en revanche l'action oblique apparaît comme un acte d'exécution à l'égard du débiteur du débiteur. Cependant, comme le créancier ne peut prétendre directement au produit de l'action, on ne peut non plus exiger de lui un titre exécutoire à l'égard du débiteur du débiteur. Ainsi, la liquidité et l'exigibilité de la créance jouent comme le substitut d'un tel titre.

à traiter l'action oblique comme une représentation¹¹⁸. Or si le créancier agit avec les droits de son débiteur, il le fait en son nom propre¹¹⁹. Le fondement de son action est bien sa propre obligation. Cette remarque démontre à quel point la définition de l'obligation comme garantie justifie correctement ce point particulier en montrant que l'action oblique n'est qu'une forme particulière que prend l'obligation à cette occasion.

L'idée de garantie éclaire même la restriction prévue par la loi selon laquelle l'action oblique ne peut porter sur les droits attachés à la personne du débiteur. La raison est toujours la même : ces droits comportent un élément d'*intuitus personae* (action en révocation d'une donation¹²⁰, en révision d'une pension alimentaire¹²¹, réparation d'un dommage moral¹²² ou corporel¹²³, modification de l'état des personnes¹²⁴...) et comme l'action oblique est fondée sur l'obligation du créancier (et non sur ceux du débiteur), cet élément d'*intuitus personae* ne se retrouve pas dans sa propre obligation. Une fois encore, on mesure toute la distance entre l'action oblique et la représentation, puisque la première est la mise en œuvre des droits propres du créancier tandis que la seconde est l'exercice des droits du débiteur. La subtilité réside ici dans le fait que les droits du débiteur sont exercés, mais que le fondement de l'action est l'obligation même du créancier, sa propre garantie ayant une assiette déterminée. Bref, on ne saurait mieux dire en soulignant que l'action oblique traduit l'*opposabilité* de l'obligation du créancier à l'égard du débiteur de son débiteur. Au fond, le créancier ne fait pas valoir autre chose qu'un droit sur une certaine assiette de biens, droit forcément opposable aux tiers pour être efficace.

L'appréciation des conditions de mise en œuvre et des effets de l'action oblique à l'aune de la définition de l'obligation comme garantie permet d'approfondir leur signification et de les unifier grâce à l'idée d'assiette de la garantie. De façon plus générale, la communauté d'esprit, intuitivement évidente,

¹¹⁸ Civ. 1^{ère} 18 janvier 1977, Bull. I, n°29 : les créanciers « ne peuvent se substituer à leurs débiteurs dans leurs pouvoirs de gestion et d'administration ».

¹¹⁹ Civ. 1^{ère} 9 déc. 1970, précité : « si le créancier, qui exerce en vertu de l'article 1166 du Code civil, les droits et actions de son débiteur, agit au nom de celui-ci, il agit en même temps en son nom propre » (nous soulignons). Egal., dans le sens de la reconnaissance d'un droit propre du créancier : V. Tellier, « La nature juridique de l'action oblique », *RRJ* 2002, p.1835 et s., n°33 et s

¹²⁰ Civ.1^{ère} 19 avril 1988, Bull. I, n°101.

¹²¹ C'est un droit « qui a son fondement dominant dans un intérêt moral » : Cass. req. 26 mai 1941, DA 1941, p.277.

¹²² Civ. 1^{ère} 12 janv. 1988, Bull. I, n°5: l'éditeur ne peut se plaindre à la place de l'auteur d'une atteinte diffamatoire.

¹²³ *A contrario*, une fois l'indemnisation du préjudice corporel versée dans le patrimoine du débiteur, ces sommes peuvent être saisies. Par ex., pour ce type de raisonnement en matière de procédures collectives : Ass. plén. 15 avril 1983, Bull. Ass. plén., n°4.

¹²⁴ Cass. req. 6 juill. 1836, S. 1836, 1, p.633 (action relative à la filiation).

entre actions oblique, paulienne, opposition au partage et mesures conservatoires, se ramène en définitive à la nature de l'obligation elle-même. L'assiette de la garantie porte sur une totalité dont le contenu et la consistance sont au service de la satisfaction du créancier.

II. – Objet de la garantie : la satisfaction du créancier

20. L'exécution comme satisfaction – La garantie obligationnelle est toute tendue vers la réalisation effective du paiement qui, au sens juridique, satisfait le créancier. Dès que cet objectif est atteint, la garantie n'a plus d'utilité : elle est éteinte (B). Pour y parvenir l'obligation ne se contente pas de garantir le paiement, elle protège en elle-même contre le risque d'insatisfaction c'est-à-dire contre le risque d'inexécution (A).

A. Protection contre le risque d'inexécution

21. L'insolvabilité comme risque d'inexécution – L'insolvabilité peut être doublement un risque d'inexécution. D'une part, si l'objet de la créance est une somme d'argent, il est évident que le débiteur risque de ne pas s'exécuter à l'échéance s'il est insolvable. D'autre part, l'insolvabilité fait peser une incertitude sur l'effectivité de la garantie. En effet, comment seront payés en ce cas les dommages et intérêts prononcés pour inexécution de l'obligation ? On le voit, le risque d'inexécution est, même comme potentialité, une atteinte à l'effectivité de la garantie¹²⁵. C'est bien pour cette raison que deux mécanismes principaux ont été « inventés » en jurisprudence pour y pallier : l'action directe et la compensation pour connexité qui, toutes deux, prémunissent le créancier contre les conséquences de l'insolvabilité en accélérant sa satisfaction. Bien que ces deux qualifications soient souvent présentées comme des créations originales, elles peuvent en réalité être ramenées au mécanisme de la garantie elle-même. C'est du moins ce que nous tenterons de souligner dans les paragraphes suivants.

¹²⁵ F. Paraiso, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, précité, *passim*.

22. Nature de l'action directe – La nature de l'action directe demeure, encore à ce jour, incertaine¹²⁶. Le Code civil ne prévoit guère que les cas du sous-locataire¹²⁷ et du sous-mandataire¹²⁸ pour lesquels le bailleur ou le mandant peut *directement* demander l'exécution, c'est-à-dire sans s'adresser au préalable à son propre débiteur. Une loi particulière a reconnu cette même action au sous-traitant en paiement des travaux contre le maître de l'ouvrage principal¹²⁹. Ces trois hypothèses légales qui visent toutes des paiements de sommes d'argent ont pour point commun de se développer à propos de chaînes homogènes de contrats (ex. bail et sous-bail). Pourtant, à la suite d'une remarquable étude doctrinale¹³⁰, la jurisprudence a généralisé l'hypothèse aux groupes de contrats, même hétérogènes (par ex. entreprise et vente) et étendu la même logique aux actions en responsabilité entre les parties à un même ensemble contractuel. L'arrêt *Besse*¹³¹ a imposé un retour à une action en responsabilité délictuelle du maître de l'ouvrage envers le sous-traitant et semble ainsi avoir marqué un coup d'arrêt à cette extension. Aussi les conditions requises pour mettre en œuvre une action contractuelle dans un groupe de contrats ne sont plus nettement établies. A cet égard, la définition de l'obligation comme garantie apporte une contribution significative à ce problème.

23. Action oblique renforcée – Dans la perspective de sa fonction de garantie, l'action directe est une action oblique renforcée¹³². L'une et l'autre possèdent des points communs: le créancier agit sur le fondement de son droit propre¹³³, sans

¹²⁶ M. Bacache-Gibelli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 268, 1996 ; Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 215, 1991 ; M. Cozian, *L'action directe*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. XCII, 1969 ; C. Lisanti-Kalczynski, « L'action directe dans les chaînes de contrats ? », *JCP* 2003, I, 102 ; Ch. Larroumet « L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels », *JCP* 1988, I, 3357.

¹²⁷ Art. 1753 CCiv.

¹²⁸ Art. 1994 CCiv.

¹²⁹ Art. 12 L. n°75-1334 du 31 décembre 1975 pour le sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. Comp. art. 1798 CCiv. pour les ouvriers d'un entrepreneur contre le maître de l'ouvrage.

¹³⁰ B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXIX, 1975, n°69 et s., p.39 et s. ; n°174 et s., p.95 et s.

¹³¹ Ass. plén. 12 juillet 2001, Bull. ass. plén. n°5. Pour les études relatives à l'arrêt *Besse*: P. Jourdain, « La nature contractuelle de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée Plénière du 12 juillet 1991 », *D.* 1992, chr., p.149 ; Ch. Jamin, « Une restauration de l'effet relatif du contrat (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991, *Besse*) », *D.* 1991, chr., p.257 ; Ch. Larroumet, « L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels », *JCP* 1991, I, 3531

¹³² J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, Thémis, 22^{ème} éd., 2000, n°366, p.638 : « L'action directe est un renforcement de l'action oblique : un créancier reçoit pouvoir d'agir contre le débiteur de son débiteur, non plus par représentation de celui-ci mais en son nom personnel ».

¹³³ Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, précité, n°338 et s., p.296 et s.

représenter le débiteur. De même, l'effet relatif des conventions est préservé car le créancier agit avec les droits de son débiteur¹³⁴ mais toujours sur le fondement de sa propre obligation¹³⁵. Néanmoins l'action directe, au lieu de se contenter d'être conservatoire, va tarir le risque d'insolvabilité à la source en permettant directement au créancier d'être satisfait. Ce n'est plus l'assiette de la garantie qui est en cause, mais son objet. C'est un renforcement des effets de l'action oblique qui s'accompagne d'une modification des conditions de mise en œuvre : peu importe que les droits soient compromis, peu importe encore la carence du débiteur¹³⁶. La créance doit être certaine et exigible¹³⁷, car c'est un véritable acte d'exécution vis-à-vis du sous-débiteur et libératoire pour le débiteur principal¹³⁸. Autrement dit, l'action directe vise à satisfaire le créancier en lui évitant de courir le risque de voir le paiement se perdre dans les mains de son propre intermédiaire : il s'agit bien de l'exercice de la garantie elle-même¹³⁹.

Cette perspective éclaire nettement les conditions de mise en œuvre de celle-ci. L'action directe doit avoir le même objet que l'obligation du sous-débiteur¹⁴⁰. Cette identité d'objet montre que le créancier peut bien obtenir la satisfaction même qu'il visait à l'égard de son propre débiteur et sans exiger du sous-débiteur des conditions d'engagement différentes. C'est bien l'esprit qui anime les trois cas légaux déjà cités : bail, mandat et entreprise. Aussi les actions en responsabilité ne semblent pas échapper à la règle : comme elles portent sur une somme d'argent, le débiteur est tenu vis-à-vis du créancier de son créancier dans la même mesure¹⁴¹. C'est bien la vérification de cette exigence qui assure le respect de l'effet relatif des conventions,

¹³⁴ P. Jourdain, « La nature contractuelle de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée Plénière du 12 juillet 1991 », précité, n°13, p.151 : « puisque c'est l'action même dont disposait l'auteur qui est exercée par l'ayant cause, elle doit être en tout point soumise à son régime ».

¹³⁵ M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, précité, n°331, p.299 : « La défaillance contractuelle du débiteur ne s'apprécie que par référence au contenu du contrat qu'il a lui-même conclu ».

¹³⁶ Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, précité, n°341-342, pp.297-298.

¹³⁷ Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, précité, n°408, p.360 : si le créancier « devait attendre que sa créance soit déclarée liquide, il laisserait tout le temps nécessaire à son débiteur immédiat pour en disposer et le priver de droit ».

¹³⁸ Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, précité, n°412, p.361.

¹³⁹ M. Cozian, *L'action directe*, précité, n°556, p.338 : « L'action directe est une sûreté *sui generis*, irréductible aux privilèges et aux hypothèques qui sont caractérisées par un rang déterminé, tandis que l'action directe est plutôt un droit d'exclusivité rendant superflue toute référence à la notion de rang ». Cette sûreté *sui generis* est en vérité l'obligation elle-même, définie comme garantie, v. M. Cozian, précité, n°339, p.208 : l'action directe « n'est pas pure demande de paiement, elle est aussi garantie du paiement » (nous soulignons).

¹⁴⁰ M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, précité, n°11, p.106 : « pour que deux personnes puissent subir le même dommage contractuel, il faut que leurs contractants respectifs se soient engagés à effectuer une certaine prestation de même nature et portant sur le même bien ».

¹⁴¹ M. Cozian, précité, n°344, p.210.

car aucun débiteur n'est tenu dans des termes plus rigoureux que son contrat ne le prévoit¹⁴².

Autant dire que le recours à la notion de l'objet de la garantie rend superflu les mystérieuses transmissions d'actions¹⁴³. Réminiscence d'une forme de pensée magique, ces actions suivent la chose en quelques mains qu'elle passe, mais peuvent encore être exercées par le créancier intermédiaire¹⁴⁴. Curieuse transmission que celle qui permet au cédant de conserver ses droits ! Ce paradoxe est levé si l'on prête seulement attention au fondement de l'action de chaque créancier qui est sa propre garantie obligationnelle. Nul besoin de « transmissions » artificielles¹⁴⁵ ; il suffit d'observer la coïncidence des objets des garanties pour comprendre que le paiement effectué par le débiteur à un extrême de la chaîne de contrats au créancier se situant à l'autre extrême libère tous les intermédiaires, justement parce que l'objet était identique. Au fond, l'action directe, en évacuant les actions contre les débiteurs intermédiaires diminue le risque de voir les sommes d'argent dissipées au profit de tiers les ayant saisies dans un patrimoine intermédiaire.

En rapprochant l'action directe de l'action oblique, ses conditions et ses effets sont nettement délimités. Premièrement, le contenu et le régime de l'action directe dépendent de la relation entre le sous-débiteur et son propre créancier. En cela, l'effet relatif est respecté car l'action n'est que l'exécution de son propre contrat par le sous-débiteur. Deuxièmement, l'action directe satisfait le créancier parce que l'objet de chaque garantie vise justement une même utilité. Cela explique la facilité à admettre cette action dans la vente : l'identité de la chose revendue fait fortement présumer l'identité de l'utilité visée. L'action directe pourrait alors être présentée comme une anticipation par le créancier du recours que le débiteur pourrait exercer à l'encontre de son propre débiteur, ce qu'exprime justement l'idée d'action oblique renforcée. Ce recours étant déjà source de satisfaction, il n'est pas seulement une action oblique d'où la terminologie d'action oblique renforcée.

24. Nouvelle interprétation de l'arrêt Besse – A suivre ce raisonnement, l'affaire *Besse* prend un relief supplémentaire. Même s'il serait sans doute souhaitable

¹⁴² Ch. Jamin, « Une restauration de l'effet relatif du contrat », précité, n°11, p.263.

¹⁴³ P. Jourdain, « La nature contractuelle de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée Plénière du 12 juillet 1991 », précité, n°11, p.151 : « Leur transmission aux sous-acquéreurs apparaît comme une hypothèse de transfert de créance *intuitu rei* justifiant une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats au profit de l'ayant cause à titre particulier qui a normalement seul intérêt à exercer ces actions ».

¹⁴⁴ Décidant que le vendeur intermédiaire ne perd pas la faculté d'exercer l'action en garantie de la chose vendue : Civ. 1^{ère} 19 janvier 1988, *Bull.* I, n°20 ; dans le même sens Civ. 3^{ème} 27 juin 2001, n° 99-14851.

¹⁴⁵ Civ. 1^{ère} 20 mai 2010, *Bull.* I, n°119 est symptomatique de cet embarras. L'arrêt décide en même temps que l'action se transmet et que le vendeur intermédiaire ne peut l'exercer mais qu'il peut toujours agir en garantie contre le vendeur originaire. Mais cette action en garantie ne répare-t-elle pas le même préjudice ?

de revenir à une uniformité dans le régime de l'action directe¹⁴⁶, l'obligation comme garantie permet de produire une nouvelle interprétation. Dans cette voie, l'arrêt *Besse* ne serait point un retour à l'effet relatif comme la motivation le laisse supposer¹⁴⁷, mais seulement l'affirmation d'une différence d'objets. En l'espèce, l'entrepreneur principal avait sous-traité les travaux de plomberie qui, malheureusement défectueux, ont provoqué l'impossibilité d'habiter l'immeuble. Contractuellement parlant, notre plombier n'a promis que ses travaux *stricto sensu* : est-ce que toutes les conséquences dommageables étaient prévisibles ? Si l'on répond par l'affirmative, on inclut l'impossibilité d'habiter dans le champ de son obligation contractuelle. Si l'on répond par la négative, on exclut celle-ci et la responsabilité est forcément extra-contractuelle. Or, à bien y réfléchir, le débiteur qui promet l'habitation est l'entrepreneur principal lui-même et il serait étrange que les simples travaux de plomberie incluent virtuellement la satisfaction même promise par l'entrepreneur. Tout le problème se ramène bien en définitive à une question de contenu de l'obligation contractuelle¹⁴⁸, bref à la détermination de l'objet de la garantie. Dès lors, si la sous-traitance est totale, le régime de l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant devrait être contractuelle, car la coïncidence objective des obligations se découvre : l'entrepreneur et le sous-traitant ont promis une chose ou utilité identique, les deux contrats ne visent en réalité qu'une seule opération contractuelle. En définitive, l'action directe s'identifie à l'obligation même du créancier. On mesure à quel point cette conception simplifie le débat et rend vaines la recherche d'une essence absolue et autonome d'une action directe « en soi », suspendue dans les vides que laissent les groupes de contrats. Autant dire que sa nature est celle de l'obligation elle-même : réaliser la satisfaction du créancier *via* une garantie ayant une certaine assiette.

25. Compensation pour connexité – La compensation pour connexité offre la possibilité de déployer une argumentation analogue tant sa nature fait également figure de mystère¹⁴⁹. Elle n'est ni légale (il manque la liquidité ou l'exigibilité¹⁵⁰) ni

¹⁴⁶ Car il est difficile d'admettre que l'action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage soit contractuelle (art. 12 L. n°75-1334 du 31 décembre 1975) mais non pas celle du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant ; à moins qu'il ne faille opposer les actions en paiement et en responsabilité ?

¹⁴⁷ Ass. plén. 12 juillet 2001, Bull. ass. plén. n°5 : « le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (art. 1165 CCiv.).

¹⁴⁸ Ce qui signifierait alors que le critère de distinction entre les régimes contractuels et délictuels serait la nature contractuelle du dommage, plus précisément sa prévisibilité (art. 1150 CCiv.). Sur ce point, F. Rouvière, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, n°344.

¹⁴⁹ N.-C. Ndoko, « Les mystères de la compensation », *RTD civ.* 1990, pp.662-694. Pour un même constat : L. Andreu, « Réflexions sur la nature juridique de la compensation », *RTD com.* 2009, pp.655-667, spéc. n°1, p.655.

¹⁵⁰ Art. 1291 CCiv.

judiciaire (car celle-ci est seulement facultative¹⁵¹). C'est dans cette brèche temporelle entre l'existence et la perfection de la créance que s'engouffre la compensation pour connexité, qui contraint le juge à prononcer la compensation alors même que les conditions légales sont absentes¹⁵². Ainsi semble exister, à côté de la compensation légale, une autre forme de compensation qui cependant ne peut avoir d'effet extinctif puisque l'absence de liquidité ou d'exigibilité l'interdit d'un strict point de vue logique.

La fonction de la compensation pour connexité est manifestement de prémunir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur. En effet, il est difficile de justifier que les sommes dues échappent au créancier en raison d'un unique décalage temporel¹⁵³. La connexité indique que les créances se sont garanties l'une l'autre et sont l'expression de contreparties mutuelles¹⁵⁴. Si la connexité exprime de façon si évidente une fonction de garantie¹⁵⁵ c'est qu'elle repose sur l'obligation elle-même. Cette évidence est masquée par la satisfaction que la compensation légale procure au créancier et qui justifie l'extinction des obligations respectives ou du moins de celle dont le montant était le plus faible. Or même la compensation légale procède de l'idée de garantie en ce qu'elle fait primer les créanciers et débiteurs réciproques sur leurs propres créanciers¹⁵⁶. La compensation légale tarit à la source le risque d'inexécution en inhibant les conséquences de l'insolvabilité possible du débiteur. De ce point de vue, la liquidité et l'exigibilité sont des circonstances contingentes qui relèvent de la possibilité de mettre concrètement en pratique le mécanisme compensatoire extinctif. Voilà pourquoi l'existence seule de l'obligation suffit à prononcer la compensation pour connexité qui est elle-même expression de la garantie à l'état pur. L'effet de garantie (reposant sur l'obligation) se distingue de l'effet du paiement (reposant sur la satisfaction¹⁵⁷).

Pour résumer, la compensation pour connexité anticipe la satisfaction du créancier parce que l'exigibilité ou la liquidation de la créance sont des événements

¹⁵¹ J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, précité, n°1048, p.1066.

¹⁵² Jurisprudence constante depuis Civ. 1^{ère} 18 janvier 1967, Bull. I, n°27 : « lorsque deux dettes sont connexes, le juge ne peut écarter la demande en compensation au motif que l'une d'entre elles ne réunit pas les conditions de liquidité et d'exigibilité ».

¹⁵³ Fr. Colonna d'Istria, *Temps et concepts en droit des obligations. Essai d'analyse méthodologique*, Thèse (dir. J.-L. Bergel), Aix-en-Provence, 2009, n°119, pp.226-227.

¹⁵⁴ Sur la connexité en tant que facteur de garantie : C. Gabet-Sabatier, « Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations », *RTD civ.* 1980, pp.39-65, n°4 et s. p.40 et s.

¹⁵⁵ Civ. 1^{ère} 18 janvier 1967, précité : le juge « est tenu de constater le principe de cette compensation qui constitue, pour les parties, une garantie » (nous soulignons).

¹⁵⁶ C'est ce qu'exprime justement le caractère « de plein droit » du mécanisme (art. 1290 CCiv.)

¹⁵⁷ L. Andreu, « Réflexions sur la nature juridique de la compensation », précité, n°16, p.666.

futurs mais certains. La compensation pour connexité est la forme temporelle de la compensation légale. Cet exemple illustre à lui seul la distinction entre l'effet de garantie, propre à l'obligation, et la satisfaction du créancier qui relève de l'objet de la garantie. Cette distinction permet en outre de comprendre que la compensation pour connexité doit être prononcée sur le champ (la garantie existe), mais que la satisfaction du créancier n'interviendra qu'au moment du calcul de la compensation (objet de la garantie). En effet, seule la liquidation permettra de conclure si la comparaison des montants respectifs éteint l'obligation ou laisse subsister une fraction de la dette. Bref, la satisfaction est bien différente du risque que pallie la garantie elle-même et explique par ailleurs que son extinction y soit subordonnée.

B. Réalisation du paiement : l'exécution

26. Extinction et substituts satisfaisants – Parce que la satisfaction du créancier est objet et objectif de l'obligation¹⁵⁸, cette dernière s'éteint par le paiement. Ce dernier est censé être l'accomplissement même de l'objet, satisfaction parfaite du créancier en raison de son identité avec la chose promise. Le paiement est le modèle même de la satisfaction, mais juridiquement il supporte des équivalents ou des substituts satisfaisants¹⁵⁹. Ainsi peuvent s'expliquer les nombreuses causes d'extinction de l'obligation et la plupart des substituts ne font pas difficulté. Tel est le cas de la compensation, précédemment développée et considérée comme un paiement simplifié. Elle est à l'évidence source de satisfaction pour le créancier. La dation en paiement, parce qu'elle est un paiement accepté comme équivalent par le créancier, possède aussi ce trait satisfaisant qui justifie l'extinction. La novation, parce qu'elle procède d'une intention spécifique en ce sens, est encore un substitut satisfaisant. Enfin la confusion est également un substitut satisfaisant dans la mesure où la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur permet au créancier d'avoir accès à l'objet de la garantie, source de sa satisfaction.

Pourtant, la prescription et la remise de dette sont considérées comme non satisfaisantes, de même que la nullité. Dans ces hypothèses comment alors justifier

¹⁵⁸ A. Sériaux, « Conception juridique d'une opération économique : le paiement » *RTD civ.* 2004, p.225, n°1, p.235, n°5 ; N. Catala, *La nature juridique du paiement*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 25, 1961, n°IV, p.15 ; n°177, p.258.

¹⁵⁹ J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, précité, n°842, p.879 : « Le créancier ne reçoit pas ce qui lui est dû ou il ne le reçoit pas de son débiteur. Il n'y a donc pas paiement au sens étroit. Néanmoins, il obtient une satisfaction équivalente à celle qui résulterait d'un paiement. En ce sens, il est permis de parler de "substituts satisfaisants du paiement" ».

l'extinction de l'obligation ? Le raisonnement est moins évident et ces cas appellent un examen autonome¹⁶⁰.

27. Prescription – La prescription est majoritairement considérée comme ne procurant aucune satisfaction au créancier car, à l'issue de l'écoulement d'un certain temps, son action est éteinte¹⁶¹ même si le débiteur ne s'est pas exécuté. Pourtant ce raisonnement repose sur une conception particulière des fondements de la nature de la prescription. L'idée de sanction du créancier négligent, qui laisse s'écouler le temps sans rien entreprendre, semble justifier qu'il ne puisse prétendre *in fine* à recevoir son dû. Mais la prescription pourrait tout aussi bien s'expliquer par le fait que si le créancier n'a pas agi pendant un certain laps de temps c'est qu'il a été certainement satisfait. Autrement dit, en analysant la prescription comme une présomption de paiement, on en revient à l'explication originelle. C'est la présomption de satisfaction qui entraîne l'extinction. C'est bien ce qu'a exprimé jadis la Cour de cassation¹⁶², ce que la notion de prescription présomptive évoquait¹⁶³ et ce que la loi prévoit encore¹⁶⁴. La nature de présomption de paiement permet même d'expliquer l'impossibilité de répéter le paiement d'une dette prescrite au seul motif qu'elle était prescrite¹⁶⁵. En effet, le paiement du débiteur après l'acquisition de la prescription s'explique par le fait qu'il n'avait pas été effectué. Autrement dit, il s'agit dans ce cas d'un renversement de la présomption de paiement. De façon générale, les causes d'interruption s'expliquent par le renversement de cette présomption et la nature probatoire du temps justifie de même l'aménagement conventionnel possible du délai¹⁶⁶. Bref, il est clairement possible d'analyser la prescription comme une présomption de satisfaction qui justifie alors l'extinction de la garantie.

¹⁶⁰ La résolution et la perte de la chose sont spécifiques aux obligations contractuelles et ne rentrent pas à ce titre dans notre analyse qui vise seulement le régime général de l'obligation.

¹⁶¹ Civ. 2^{ème} 9 juill. 2009, Bull. II, n°194 : « La prescription libératoire extinctive de cinq ans prévue par l'article 2277 du code civil alors applicable n'éteint pas le droit du créancier, mais lui interdit seulement d'exiger l'exécution de son obligation ».

¹⁶² Cass. req. 15 décembre 1829, S. 1830 I, p. 409 : la prescription est une « présomption légale et formelle de libération ».

¹⁶³ Ces dernières étaient courtes en raison de la présomption de paiement relative à l'exécution de certaines dettes courantes. Civ. 1^{ère} 3 janvier 1996, Bull. I, n°8 : « Reposant sur une présomption de paiement, la prescription abrégée (...) n'est pas applicable lorsque le défendeur à l'action reconnaît n'avoir pas réglé les sommes qui lui sont réclamées ».

¹⁶⁴ Le Code civil présente la présomption légale à l'art. 1350 (2°) comme « celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont (...) les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de *certaines circonstances déterminées* ». Ces circonstances déterminées sont l'écoulement du temps.

¹⁶⁵ Art. 2249 CCiv. qui écarte la répétition « au seul motif que le délai de prescription était expiré ».

¹⁶⁶ Sur toutes ces questions : F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *Petites affiches* 31 juillet 2009, n°52, p.7 et s.

28. Remise de dette – Justifier le caractère extinctif de la remise de dette par son aspect satisfactoire semble cette fois paradoxal ou artificiel dans la mesure où le débiteur remet volontairement sa dette au débiteur alors même qu’il n’a pas été payé. Pourtant l’analyse de la remise de dette comme un contrat à titre gratuit est loin de s’imposer à la seule lecture des dispositions légales. Non seulement la loi ne définit pas ce qu’est la remise de dette, mais surtout elle l’envisage sous un angle strictement probatoire¹⁶⁷. Bref, même la remise de dette semble bien être une présomption de paiement, ou du moins de l’obtention d’un élément considéré comme satisfactoire par le créancier, raison pour laquelle le titre est remis. Sauf si l’intention est libérale¹⁶⁸, la remise de dette, même lorsque le créancier n’a pas été satisfait, peut encore s’interpréter comme une stratégie pour être payé. Cet aspect est prégnant dans les remises volontaires consenties dans les procédures organisées¹⁶⁹ : le créancier remet certaines dettes pour s’assurer le paiement d’autres. Au fond, il n’y a pas de petit profit : mieux vaut recevoir une satisfaction partielle que rien du tout si le débiteur est actuellement insolvable. En dehors de cette hypothèse, les juges ont même reconnu un caractère parfois onéreux à la remise de dette, confirmant ainsi la fausse évidence de son caractère gratuit¹⁷⁰. Ce qui importe est de montrer que l’attention portée sur l’objet de la garantie incite à déceler l’unité des causes d’extinction : celles-ci peuvent toutes être fondées sur la satisfaction du créancier. La garantie perd sa force de garantie lorsque celle-ci n’est plus utile : tel est justement le cas lorsque l’objet a été réalisé.

29. Nullité de l’obligation – Néanmoins, la nullité de l’obligation est un cas qui ne peut se ranger sous la catégorie de la satisfaction du créancier. Si le créancier demande la nullité de l’obligation, c’est qu’il considère par essence que l’objet ne peut le satisfaire. Les restitutions qui accompagnent la nullité ne peuvent être analysées comme une forme d’exécution sauf à créer le pire des paradoxes, celui de l’exécution par équivalent d’un contrat nul. Cette situation semble ainsi plaider pour

¹⁶⁷ Art. 1282 CCiv. : « La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération » ; Art. 1283 CCiv. : « La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire ». (nous soulignons)

¹⁶⁸ Et en ce cas, pourquoi ne pas exiger la forme authentique ? L’intention libérale ne se présume pas. Art. 931 CCiv. : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité ».

¹⁶⁹ M. Texier, « Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées », *RTD com.* 2008, pp.25-44.

¹⁷⁰ Com. 2 oct. 2001, Bull. IV, n°154, rejetant le pourvoi qui soutenait qu’ « une remise de dette conventionnelle s’analyse (...) en une renonciation sans contrepartie ayant nécessairement un caractère gratuit » alors que selon la Cour de cassation « la remise de dette, qui a un caractère gratuit ou onéreux, peut être consentie lors d’une transaction ».

une distinction radicale entre la nullité et les autres causes d'extinction. Certes le législateur ne fait pas la distinction, mais justement il pourrait bien s'agir d'un tort.

En effet, qu'est-ce que la validité d'une obligation ? Ce sont les conditions à remplir pour constituer une garantie. Bref, les conditions de validité se confondent avec les conditions de l'existence juridique de la garantie¹⁷¹. En ce sens, la nullité n'est que l'envers de la validité. Une obligation nulle est celle qui ne remplit pas toutes les conditions de sa validité. Cette idée a déjà été plusieurs fois effleurée tout au long de l'étude : lorsque la créance doit être certaine dans son principe ou paraître fondée, cela revient à présumer la validité d'une obligation, c'est-à-dire son existence. Cette façon de raisonner invite d'ailleurs à rapprocher les conditions de validité des contrats des conditions pour engager la responsabilité : n'est-ce pas au fond la même question qui se pose, celle de savoir si l'obligation existe, c'est-à-dire est valide ? Voilà qui contribuerait à renforcer l'unité de l'obligation : intrinsèquement garantie, seules ses conditions de validité divergeraient selon qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, voire quasi-délictuelle. Néanmoins, cette démonstration dépasserait l'objet de ce paragraphe qui se limite à souligner combien la nullité de l'obligation est par essence non satisfaisante et exprime que la garantie n'a pas obéi à certaines conditions requises pour sa constitution. Aussi, seule la satisfaction du créancier ou ses substituts respectent l'objet même de la garantie et, à ce titre, sont les seuls qui puissent être classés sous la rubrique des causes d'extinction. La nullité, en ce qu'elle est une non-validité, appelle une tout autre forme de raisonnement et d'analyse. Ainsi se redessine sous nos yeux la traditionnelle distinction entre la formation (validité) et l'exécution (satisfaction) de l'obligation, entre l'existence de la garantie et la réalisation de son objet.

* * *

30. Bilan de l'obligation comme garantie – La présente étude s'est efforcée de démontrer que de nombreux mécanismes à la nature indéfinie (comme les actions paulienne, oblique et directe, la compensation pour connexité) ou des règles dont la justification était difficile à cerner (interdiction de la cession de dette, privilège de séparation des patrimoines en droit successoral, opposition à partage et mesures conservatoires) trouvent un fondement dans l'obligation elle-même, comprise conceptuellement comme une garantie. Outre l'apport sur les conditions de mise en œuvre des diverses qualifications évoquées, l'unification, la cohérence et la

¹⁷¹ Est-ce un hasard si le concept de validité ainsi entendu rejoint celui de Kelsen à propos des normes ? La validité est l'existence même de la norme (et non sa conformité avec le contenu d'une norme supérieure). H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, La pensée juridique, 1999, p.18 et s.

simplification réalisées semblent plaider en faveur d'une telle conception de l'obligation. Ainsi les gains pratiques et théoriques de cette approche semblent réels.

Aux sceptiques qui rétorqueront qu'il est vraiment étonnant qu'il ait fallu attendre si longtemps pour parvenir à une telle définition de l'obligation, nous répondrons en deux temps. Premièrement, la contrainte par corps n'a disparu qu'en 1867¹⁷² et la conception de l'obligation comme lien rendait jusque là parfaitement compte de ce pouvoir sur le corps du débiteur. Deuxièmement, la théorie du patrimoine arrive à sa perfection avec AUBRY et RAU en 1873¹⁷³ et a notamment pour rôle d'expliquer le gage général des créanciers en prévoyant que l'actif répond du passif. L'obligation est encore comprise comme un lien : c'est d'abord la personne qui est engagée et seulement à *travers elle* son patrimoine. Aussi, la conceptualisation de l'obligation est inutile en raison de l'existence même du concept de patrimoine. Ce qui est frappant est que la réciproque pourrait être vraie¹⁷⁴ : en conceptualisant l'obligation comme garantie pourquoi encore se fonder sur le concept de patrimoine alors même que l'idée d'assiette de la garantie rend parfaitement compte de la situation du créancier¹⁷⁵ ? Cette question illustre sans doute à elle seule le fait que la théorie de l'obligation comme garantie n'est encore qu'une ébauche dont l'intérêt est masqué par l'écran complexe d'autres théories¹⁷⁶, notamment celle du patrimoine¹⁷⁷. La mise au point d'un concept (ici celui d'obligation) appelle alors inévitablement le travail sur d'autres. C'est dire combien l'obligation comme garantie n'est encore qu'un projet de recherche.

Octobre 2010

¹⁷² Sauf en matière pénale ; pour le détail de l'abolition progressive de la contrainte par corps par la loi du 22 juillet 1867 : J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé depuis 1804*, PUF, Droit fondamental, 1^{ère} éd., 1996, n°23, p.48 et n°98, p.152.

¹⁷³ C'est la date de la dernière édition, la plus complète et sans d'autres auteurs : Ch. Aubry ; Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Marchal-Billard, tome 6, 4^{ème} éd., 1873, n°573-579, pp.229-248.

¹⁷⁴ Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis, 2^{ème} éd., 2004, n°67, p.260 : « La notion de patrimoine est récente. Jusqu'au milieu du XIX^e siècle, les juristes français s'en sont passés. Ils connaissaient le gage des créanciers, composé des biens du débiteur ; cette notion leur paraissait suffisante ».

¹⁷⁵ A cet égard, par un étrange renversement, la notion de patrimoine aurait exactement le même sens que dans le langage courant : l'ensemble des biens d'une personne. En ce sens : A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine », *RTD civ.* 1994, pp.801-813, spéc. p.802.

¹⁷⁶ Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, L'interrogation philosophique, 2009, n°308, p.207 : les notions « s'appuient les unes sur les autres et paraissent se justifier les unes les autres ».

¹⁷⁷ D. Hiez, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 399, 2003, n°401, p.264 ; n°584, p.399 : « Dans toutes les notions que la patrimoine avait touchées, la souplesse du droit positif peut réapparaître. L'obligation peut reprendre la place que la doctrine lui avait confisquée (...) ».